

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.675 van 6 juni 2011
in de zaak A. 199.100/IX-7061**

In zake : de BVBA NOOR EN CO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Herman De Ponthiere
kantoor houdend te 8900 Ieper
Veemarkt 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
Regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Greef
kantoor houdend te 1731 Zellik
Noorderlaan 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

Saeed MUHAMMAD
wonend te 8900 Ieper
Maarschalk Fochlaan 4A
en
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Herman De Ponthiere
kantoor houdend te 8900 Ieper
Veemarkt 5

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 februari 2011, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 13 december 2010 van de Vlaamse minister van Werk waarbij aan de bvba Noor en Co de aanvraag voor

de tewerkstelling van een buitenlandse werknemer en aan Saeed Muhammad een arbeidskaart B wordt geweigerd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Adjunct-auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 mei 2011.

Kamervoorzitter André Vandendriessche heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Herman De Ponthiere, die verschijnt voor de verzoekende partij en de tussenkomende partij, en advocaat Dirk De Greef, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Saeed Muhammad, de tussenkomende partij, is asielzoeker van Pakistaanse nationaliteit. Hij heeft een aanvraag tot machtiging tot verblijf ingediend bij de Dienst Vreemdelingenzaken op grond van de instructie van 19 juli 2009 met betrekking tot de toepassing van het oude artikel 9,3 en artikel 9bis van de Vreemdelingenwet.

3.2. De bvba Noor en Co, uitbater van een textielwinkel, dient op 22 april 2010 bij het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie een aanvraag in tot het bekomen van een arbeidsvergunning en een arbeidskaart B voor de tewerkstelling van de tussenkomende partij.

3.3. Op 19 mei 2010 voert de Afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie een controle uit bij de textielwinkel uitgebaat door de bvba Noor en Co in de Rijselstraat 178 te Menen. Tijdens het onderzoek stelt de inspectie vast dat de bvba momenteel geen personeelsleden in dienst heeft en dat het boekjaar 2007 werd afgesloten met een verlies van 43.940 euro en het boekjaar 2008 met een verlies van 51.540 euro. Voor het boekjaar 2009 ontvangt de inspectie geen boekhoudkundige gegevens ondanks dat deze werden opgevraagd. Bij de controle wordt vastgesteld:

- “1. Tijdens het onderzoek stellen we vast dat het de bedoeling is dat Muhammad Saeed op korte termijn zal worden ingeschakeld als verkoper textiel in Noor en Co BVBA.
2. Op dit ogenblik zijn er onvoldoende financiële middelen om een bijkomende werkkraft te betalen.
3. De werkgever verklaart dat Muhammad Saeed zijn broer is.
4. Sedert 19/04/2010 zijn er 2 vennoten actief in Noor en Co BVBA.”

Als conclusie stelt het inspectieverslag:

“Gelet op het feit dat door de negatieve financiële situatie geen garanties kunnen gegeven worden dat de tewerkstelling van Muhammad Saeed zal geschieden overeenkomstig de loon- en andere arbeidsvoorwaarden zoals voor de tewerkstelling van Belgische werknemers gelden (art. 34.5 van het KB van 9/06/1999):

Gelet op het feit dat door de negatieve financiële situatie geen garanties kunnen gegeven worden dat aan de tewerkstelling van Muhammad Saeed inkomsten verbonden zijn die de werknemer in staat stellen in zijn behoeften of in die van zijn gezin te voorzien (art. 34.6 van het KB van 9/06/1999)

Wordt advies gegeven tot de weigering van de arbeidsvergunning en/of -kaart voor:

Muhammad Saeed Anwar, (067041159129) nationaliteit: Pakistanees.”

3.4. Op 15 juli 2010 wordt de arbeidsvergunning en de beroepskaart B voor de tewerkstelling van de tussenkomende partij geweigerd op basis van de resultaten van het gevoerde controleonderzoek.

3.5. Op 9 augustus 2010 tekent de verzoekende partij beroep aan tegen de beslissing van 15 juli 2010.

3.6. Op basis van een nieuw onderzoek wordt op 29 oktober 2010 een nieuw inspectieverslag opgesteld. Ook nu wordt geadviseerd de arbeidsvergunning te weigeren.

3.7. Met een schrijven van 13 december 2010 wordt aan de verzoekende partij de beslissing van de Vlaamse minister van Werk meegedeeld. Daarbij wordt het beroep tegen de beslissing van 15 juli 2010 verworpen.

IV. Rechtspleging

4. De raadsman van de verzoekende partij heeft na de ontvangst van het auditoraatsverslag, op 29 april 2011 aan de Raad van State een nota bezorgd. Hij vraagt die nota als een processtuk bij het dossier te voegen en verduidelijkt daarin zijn visie op het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en het aangevoerd middel.

Wat betreft de ontvankelijkheid van de nota als processtuk, vestigt hij er de aandacht op dat de procedureregeling -het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State- niet voorziet in de mogelijkheid voor een verzoekende partij om na “een advies” van het auditoraat daarop te antwoorden of nog te reageren op de nota van de verwerende partij, maar dat zulks strijdig is met het recht op tegenspraak vervat in artikel 6.1 EVRM, waaromtrent het Europees Hof voor de Rechten van de Mens reeds gewezen heeft -de zaak Vermeulen t/ België- dat de partijen de mogelijkheid moeten hebben om te antwoorden op de conclusies van het openbaar ministerie.

5. De procedure in kort geding is gericht op een voorlopige uitspraak die spoedig wordt genomen na een beperkt onderzoek van de zaak met als basis de gegevens die de verzoekende partij in haar verzoekschrift uiteenzet. De vereiste spoed rechtvaardigt dat de procedureregeling, waarbij niet voorzien is in de mogelijkheid om na het verslag van het auditoraat nog schriftelijk te reageren, strikt wordt toegepast.

De verzoekende partij is van oordeel dat de procedureregeling, waar zij de rechten van de partijen in een geding beknot in de mate zij niet kan reageren op het verslag van de auditeur, wegens strijdigheid met artikel 6.1 EVRM, buiten toepassing gelaten moet worden. Die stelling wordt niet bijgevalen: zij heeft immers de mogelijkheid om mondeling -desgevallend steunend op een pleitnota die als inlichting van de Raad van State bij het dossier kan worden gevoegd- op de openbare terechtzitting het verslag van de auditeur te betwisten en te reageren op de argumentatie van de verwerende partij.

6. De nota van de verzoekende partij wordt als processtuk uit de debatten geweerd.

V. Onderzoek van de vordering

7. Overeenkomstig artikel 17, §2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Uiteenzetting van de verzoekende partij

8. In het verzoekschrift wordt het moeilijk te herstellen nadeel als volgt geadstrueerd:

“Ten gevolge van de bestreden beslissing is het voor verzoekster niet mogelijk om tot aanwerving over te gaan van de werknemer.

Zulks brengt met zich mee dat deze werknemer geen inschrijving verkrijgt in het Vreemdelingenregister en dus in principe elke dag kan gerepatrieerd worden naar zijn land van oorsprong en tevens dat deze man geen inkomsten kan verwerven en dus verstoken blijft van een waardig bestaan.

Voor de onderneming betekent zulks dat niet kan worden overgegaan tot een aanwerving, die gepland was, waardoor de onderneming ernstige schade lijdt, nu er onvoldoende personeel aanwezig is in de winkel, ten einde de winkel continu te kunnen openhouden.

Dit nadeel is ernstig en kan niet hersteld worden.”

Beoordeling

9. De verzoekende partij verwijst in de eerste plaats naar het nadeel dat de tussenkommende partij ondergaat. Dergelijk nadeel is niet persoonlijk en kan geen reden zijn om de bestreden beslissing te schorsen. De omstandigheid dat in dit geval de werknemer wiens arbeidskaart geweigerd werd, met een expliciete tussenkomst de vordering van de verzoekende partij ondersteunt, doet aan die vaststelling niets af. De grenzen van het geding worden immers afgebakend door het verzoekschrift en een tussenkomst kan die grenzen niet verleggen.

10. Het persoonlijk nadeel van de verzoekende partij, geput uit de onmogelijkheid om een personeelslid aan te werven, zou slechts ernstig kunnen bevonden worden indien zij zou aantonen dat zij met geen ander personeelslid dan de tussenkommende partij wiens aanwerving “gepland was”, haar werkzaamheden kan uitvoeren. Zij beweert dit zelfs niet. En door haar vrijwillige keuze om enkel de tussenkommende partij als personeelslid te aanvaarden, is zij zelf verantwoordelijk voor het mogelijk verlies dat de onderneming lijdt door het beweerd gebrek aan personeel.

11. Het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat de gevraagde schorsing verantwoordt is niet aangetoond.

BESLISSING

1. Het verzoek van Saeed Muhammad tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst in het administratief kort geding, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 juni 2011, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

André Vandendriessche